P E R

D. MADDALENA LUCATELLI

L' Ill. Marchese D. BERNARDO TARGIANI
Giud. della G. C. Commess.

In Banca *Guarracino*
presso *Riccio*.

Uantunque ſia negato per dritto alla madre di ſcrivere il teſtamento a conto del figliuol pupillo; quantunque la roba ſia tutta per fatto a reſtituzione ſicuramente ſuggetta: pur ſi contende: non è vero, che *penuria non fu giammai di riſſe?*

Il vecchio D. Antonio Lucatelli, ſcritto il dì 29. di Agoſto dell'anno 1725. il teſtamento, iſtituì l'unico figliuol Bernardo, ſoſtituiti li figli che di Bernardo ſarebber nati, e data la facoltà di diſporre (1) per atti di ultima volontà ſolamente nel caſo del difetto de' figli. D. Bernardo, il quale morendo laſciò tre figli, e non più, per lo teſtamento ſcritto il dì 28. di Agoſto dell'anno 1762. iſtituì il pupillo figliuol D. Antonio, legata (2) la dote di duc. 5000. per ciaſcuna alle due figliuole, Marianna, e Maddalena; ed impoſta tra li figli, e maſchi e femine, e tra li diſcen-

A 2

[1] Tutto queſto ſi raccoglie dal teſtamento *fol.* 122.
[2] Tutto queſto ſi raccoglie dal teſtamento *fol.* 126.

ſcendenti in perpetuo, una reciproca, *lineale*, *saltuaria*, in infinito, nella condizione, *ſe ſenza figli*. D. Marianna, la quale tolſe marito D. Pietro Romano, per lo contratto nuziale (3) ſcritto alla moda di Capuana, ſuggettò (com' era giuſto) la dote alla legge del fedecommeſſo, dopo di averla tutta deſcritta minutamente. D. Marianna, la quale avea ſottopoſta la dote al patto di Capuana, ſcritto il teſtamento il dì 4. di Feb. dell' anno 1786. iſtituì l' unico figliuol pupillo Gaetano Romano, ed al pupillo pupillarmente (4) ſoſtituì il marito D. Pietro Romano, nella proprietà di tutti li beni, a condizione, che dove paſſaſſe a ſeconde nozze godeſſe dell' uſufrutto ſolamente la vita durante, invitati in queſto caſo il fratello D. Antonio, e la ſorella D. Maddalena al retaggio a parti uguali. Queſto teſtamento, per lo quale D. Marianna Lucatelli iſtituì il figliuol pupillo Gaetano, ed al pupillo ſoſtituì pupillarmente il marito D. Pietro, contro la forza delle diſpoſizioni de' maggiori, è

il

---

[3] Come ſi raccoglie dalli Capitoli *fol.* 135. *ad* 141. la dote, che ſi deſtinò D. Marianna dotando ſeſteſſa, fu nelli duc. 5000, che le avea laſciati il padre Bernardo, nella terza parte del retaggio materno, nelli duc. 1000, che le avea donati la madre Giovanna Micheli, nelli duc. 400, che la madre le avea legati a peſo di ſomminiſtrare annui duc. 6. per la feſta di S. Maria Maddalena, e in duc. 403. ſuo corredo.

[4] Tutto queſto ſi raccoglie dal teſtamento *fol.* 143.

il ſuggetto (5) della controverſia. Su queſto ſuggetto io dico. I. Che, perchè la roba ſta ſottopoſta a reſtituzione per fedecommeſſo, la ſoſtituzione ordinata a benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli è *vana*. II. Che, perchè non è dato alla madre di ſcrivere il teſtamento a nome del pupillo, la ſoſtituzione ordinata a

A 3 bene-

[5] Morto il pupillo Gaetano Romano nell'età di anni ſei, nacque la controverſia. Queſta controverſia ſi vede ſottopoſta ad un arbitramento. Queſto arbitramento fu dichiarato nullo dalla G. C. per Decreto del dì 23. di Agoſto 1794. *fol.* 155. per molti argomenti. I. Queſto arbitramento non era *neceſſario*, perchè trà li contendenti era eſtinto ogni attacco di ſangue, Coſtan. *ſup. Prag.* 1. *de Arb.*: infatti l'arbitramento non fu, nè chieſto dalli litiganti, nè impoſto dal Giudice. II. Queſto arbitramento non fu *volontario*, perchè nell'arbitramento non conſentì, nè D. Antonio, nè D. Maddalena. E quantunque aveſſe conſentito il Proccurator Magrini, queſto conſenſo fu ſenza mandato. Il Laudo va del pari colla tranſazione. Card. de Luc. *de judic. diſc.* 11. *n.* 35. Il Proccurator non tranſigge ſenza mandato. Heinn. *in Pand. lib.* 4. *tit.* 8. III. Ma ſi dirà, che D. Antonio ſottoſcriſſe il Laudo. Il ſottoſcriſſe verſo la fine di Settemb. dell'anno 1792, come lo hanno atteſtato il Proccuratore Magrini, ed il Notajo, che autenticò la ſoſcrizione; nel qual tempo D. Antonio fin dal dì 29. di Agoſto dello ſteſſo anno 1792. avea ceduto già il ſuo dritto a D. Maddalena. IV. D. Antonio era cieco. Notar Calamita non dice di aver letto il Laudo a D. Antonio. Quando ſi tratta con ciechi ſon molte le cautele, che chiede la legge alla

va-

benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli è *nulla*. III. Che, perchè il contratto nuziale fu alla moda di Capuana, la sustituzione ordinata a beneficio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli è *ingiusta*. La G. C. la quale l' ha reputata *vana nulla* (6) *ed ingiusta*, ha giudicato bene.

CAP.

validità dell'atto. *L. Hic consultissima C. qui testam. fac. poss.* Di queste precauzioni non ne concorse neppur una. V. D. Antonio era prodigo: infatti la G. C. lo providde di Curatore. L'accettazione del Laudo gli portava gran danno. Fu dunque un atto nullo, come sta per la *l. bis qui in fin. 12. ff. de Tutor. dat. ab his.* Per contrario l'atto della donazione, che fece alla sorella Maddalena fu valido, perchè è più quello, ch'ebbe, che quello, che diede. E se diede alla sorella Maddalena, alla sorella spettava tutto, e come sorella, e come sustituita. Li Centumviri tennero per valido il testamento che scrisse Sempronio Tuditano tuttochè pazzo, sol perchè il testamento fu giusto. Il prodigo non è pazzo, benchè al pazzo si rassomiglia nell'abuso de' beni. L' Imp. Leone ha per valido il testamento del prodigo, quando prudentemente dispone. *Novel. 19. Si prudenter posteritati suæ, cognatis, & egenis consuluerit.* Il Vinnio *lib. 2 tit. 12. Quib. non est perm. fac. Testam. Et quamvis Novellæ Leonis usu receptæ non sint, hæc tamen Constitutio magnam habet æquitatem.*

[6] La G. C. ha lasciata la decima solamente suggetta alla sustituzione: per la ragione, che la sola decima e non più era la legittima, della quale la testatrice potea disporre, secondo la forza de' patti di Capuana.

C A P. I.

Perchè la roba sta sottoposta a restituzione per fedecommesso, la sustituzion ordinata a benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli è vana.

POichè D. Bernardo Lucatelli ebbe dichiarato quanti erano li beni suoi, e quanti glie ne pervennero dal padre Antonio Lucatelli il vecchio, e poichè detto ebbe qual fu la volontà del padre a riguardo de' beni lasciati, che sicuramente non furono quelli (1) di Pompeo Magno, scritto il

A 4 dì

[1] *Fol.* 131. Il testator Bernardo dichiarò in questo modo. *Avendo avuto riguardo al testamento del fu suo padre, il quale istituì esso D. Bernardo erede, al quale proibì l'alienazione de' beni stabili, e di disporre per atti di ultima volontà tra li figli, avendo voluto detto suo padre beneficare li figli maschi sotto la sostituzione de' figli dopo la morte di esso, anche per uniformarsi alle leggi del Regno, ed al comune sentimento de' Dottori, che chiamandosi a succedere nel Regno i figli vengano compresi soltanto i maschi, in difetto di essi le femine; perciò esso D. Bernardo testatore avendo fatta matura considerazione al valore de' stabili suddetti comprati dal detto fu suo padre ascendenti a soli duc.* 18000. *dalli quali se ne devono dedurre duc.* 3000. *per legati, e debiti dal medesimo suo padre fatti, ordinati in detto testa-*

dì 28. di Agosto dell' anno 1762. il testamento, istituì il figliuol maschio Antonio, legata la dote di duc. 5000. in fondi per ciascuna alle due figliuole, Marianna, e Maddalena, soggiugnendo, *Item esso Testatore ordina, che se ciascuno di detti suoi figli maschi, e femine morisse senza figli, eredi, e discendenti, in tal caso debba l' uno succedero all' altro* in infinitum, *non solo detti suoi figli, ma anco tutti li discendenti di loro* in infinitum. *A tale oggetto esso Testatore proibisce espressamente l' alienazione di tutti li suoi beni stabili, e mobili, eccetto nelli casi permessi dalla legge, e per qualunque causa necessaria, ed utile, nel qual caso possa liberamente alienare, ad eccezione della* (2) *sola*

---

stamento, e duc. 2000. in circa di sua legittima, rimangono in circa duc. 13000, de' quali la porzione virile per ciascuno di detti suoi figli sarebbe duc. 4333., ed essendo qualche aumento seguito a detti stabili in tempo, e per industria di esso testator D. Bernardo, indi avendo avuto a tutto ciò considerazione, esso D. Bernardo padre, e testatore per amore verso suoi figli ha istituite le sudette eredi nelli suddetti duc. 5000. per ciascuna per loro doti di paraggio, e per ogni lor parte, e porzione, tanto nella eredità di esso Testatore, che di detto fu suo padre, nelli casi però di sopra disposti.

[2] Si noti, che il testatore quì parla della legittima dovuta sopra li duc. 5000; non già della legittima dovuta sopra tutto l'asse: altramente la recipra resterebbe vana, dove tutti li duc. 5000. stessero a luogo di legittima, come fa vista di credere D. Pietro Romano.

sola legittima, *nella quale* ex nunc pro tunc *istituisce erede ciascuno di loro nella suddetta sola legittima*, *che* de jure *li aspettasse*.

Per la forza di questo testamento tutto è sottoposto a fedecommesso, reciproco, saltuario, lineale, perpetuo, al godimento del quale son reciprocamente sostituiti li discendenti delli tre figliuoli istituiti, nella condizione *se senza figli*. E se tutto è soggetto a restituzione per fedecommesso reciproco, saltuario, perpetuo, non è manifestamente *vana* la sostituzione ordinata a benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli a riguardo de' beni, che a lei pervennero dal padre Bernardo? Ma D. Pietro Romano non è persuaso: se tutto (dice) il retaggio paterno è sottoposto alla legge del fedecommesso, lineale, reciproco, saltuario tra li discendenti di Antonio, di Maddalena, e di Marianna Lucatelli, la legittima, della quale il padre era debitore alle figliuole, perchè non si potea suggettare, non fu suggettata al fedecommesso. S' inganna (rispondo) D. Pietro Romano. La legittima secondo la volontà del testatore sta sottoposta al fedecommesso: e la legittima si può sottoporre al fedecommesso secondo la forza della legge, spezialmente allora (3) quando il

[3 Il testator Bernardo, disse, che la virile sopra tutti li beni non era più, che di duc. 4333. nondimeno lasciò alle figliuole duc. 5000. in fondi stabili. Dunque furono le figliuole onorate come eredi, più in là di

il testatore in tanto onora in quanto grava. Come non è la legittima al fedecommesso sottoposta, quando nel testamento sta scritto, *a tale oggetto esso testatore proibisce espressamente l'alienazione di tutti li suoi beni stabili, e mobili?* Tra *tutti* li beni mobili, e stabili non è contenuta la legittima, la quale è *parte* delli beni stabili, e delli beni mobili? Ma si dirà, che nel testamento sta soggiunto, *eccetto nelli casi permessi dalla legge, e per qualunque causa necessaria, ed utile.* Così sta scritto: ma era necessario od utile (domando) al fedecommesso, che si facesse la detrazione della legittima al pro di D. Pietro Romano? *Nel qual caso possa liberamente alienare* (sta soggiunto immantinente) *ad eccezione della sola legittima*. Se si cerca quì qual è il caso nel quale si può alienare la sola legittima, che si dirà? se si dice, che per la causa *necessaria ed utile* si può alienare la sola legittima, segue la conseguenza, che per la causa, la quale non è, *nè utile, nè necessaria*, alienar non si può: ed era utile, o necessario, che D. Marianna lasciasse a danno del fedecommesso la legittima a D. Pietro? se si dice, che

di quello che loro non era dovuto: e seguentemente il gravame sopra la legittima è ben sussistente. *Instit. de sing. reb. per fideicomm. relic. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit.*

che tutto è sottoposto al fedecommesso, della legittima in fuori, fanno resistenza le parole, che seguono immantinente, *nella quale* ex nunc pro tunc *istituisce erede ciascuno di loro nella suddetta sola legittima, che* de jure *lor spettasse*: perciocchè per la legittima tassativamente data dopo, resta tolta la eredità data innanzi, in pena dell'abuso della legittima. Dunque per quanta è la volontà del testator Bernardo, al fedecommesso reciproco, lineale, saltuario, perpetuo, tra li discendenti delli maschi, e delle femmine, è sottoposta anco la legittima, la quale (4) o è data libera a condizione dell'astinenza dalla eredità, o è data suggetta a legge di usarne ad usi utili, e necessarj.

Ma non è giusto (si soggiunge quì) che a danno di una figliuola il padre suggetti la dote a fedecommesso, e ne vieti ancora la detrazione della legittima. Poche figlie (rispondo io) sono state così ben contemplate dal padre, come D. Maddalena e D. Marianna da D. Bernardo Lucatelli, il quale non la *dote*, ma diede lor la *virile*, e la diede in fondi, non in danaro, e come l'ebbe il maschio, e forse più. Del fedecommesso, lineale, saltuario, reciproco tra li discendenti in perpe-

(4) In questo caso la legittima è negata secondo la cautela inventata da Angelo, e meglio spiegata da Socino, perciocchè fu lasciato libero il dritto di scegliere, o l'intera legittima senza la rimanente eredità, o la eredità intera senza la detrazione della legittima. Card. de Luc. *disc.* 17., & *disc.* 18. *de legit.*

petuo, imposto sopra li beni e stabili, e mobili non potea a ragione esser dolente D. Marianna, la quale se potea in un caso perder tutto, potea in un altro guadagnar tutto. A tempi dell' Imp. Alessandro avea un testatore scritti eredi, il figlio in sei once, la figlia in quattro, la moglie nelle due rimanenti, imposta la legge, che la moglie restituisse a' figli la porzion sua, e che de' figli l'uno succedesse all' altro nel caso della morte di alcuno innanzi alla maggioranza. Morto il testatore, il Curator della figliuola ricorse all' Imperatore dolente di quel gravame, che toglieva a colei la libertà della legittima. E l'Imperator (5) rispose, *è calunniosa l'azion proposta contro il*

(5) *L. Si pater Puellæ* 12. *C. de inoff. test. Calumniosam inofficiosi actionem adversus justum judicium testatoris instituere non debetis: cum ex bm. fideicommissaria restitutione, tam matris, quam fratris portio ad eam poterat pervenire*. Questa legge non è corretta, nè per la *l. Quoniam in prioribus C. eod.*, nè per altre: perciocchè, quantunque la legittima non sente gravame, pure quando il fedecommesso è reciproco, è più il lucro, che il danno. Ha mostrata questa verità. meglio che altri, il Chiffezio *de jur. fideic. c.* 15. Il Perez. *ad tit. C. de inoff. n.* 42. Il Card. de Luc. *de Testam. Disc.* 75. *in fin. Cum fideicommissum illud reciprocum esset æquale, atque incertum esset, quisnam filiorum prius vel posterius defuncturus esset, ita æque ad onus ac ad commodum omnium id referri poterat, & consequenter, potius favorem, quam odium continet. Text. in l. Si pater Puellæ cum concordantibus in proposito legitimæ relatis per* Capyc. Ladr. *Consult.* 121. *n.* 43.

il giusto giudizio paterno, perchè la speranza senza danno d' alcuno è eguale tra tutti. E poichè il fedecommesso disposto tra li figliuoli e maschi e femine, e tra li discendenti delli maschi e delle femine in infinito, fu accettato (6) a buon grado, e senza contradetto, come ordinato al comodo, non al danno delli figliuoli reciprocamente invitati, e sustituiti, non è ingiusta viepiù la controversia, che D. Pietro Romano promuove contro la forza del testamento di D. Bernardo Lucatelli, che la figliuola D. Marianna col consenso di lui per spezial patto volle fermo costantemente? Ma innanzi.

CAP.

(6) Come si può raccogliere dalli Capitoli Matrimoniali di D. Marianna Lucatelli *fol.* 135. *ad* 141. fu convenuto, che il fondo *Mango* ricevuto in dote per duc. 5000. sarebbe rimasto sempre soggetto al fedecommesso, reciproco, lineale, perpetuo, saltuario, disposto per lo testamento di Bernardo Lucatelli = La disputa, se la *l. si pater puellæ* è corretta per le leggi sopragiunte non è più disputa, quando il testamento è accettato dalli figli. *Tunc enim* (sta disposto per la *l. Si quando* 35. *C. de inoff.*) *omni esclusa querela paternam amplecti compellitur judicium*. E quì si noti, che il padre Bernardo lasciò alle figliuole duc. 5000. per porzion virile a ciascuna, come stà dichiarato *not.* 1. *pag* 7. Onde segue, che accettato il testamento la legittima sarà sempre sopra li duc. 5000, non sopra tutto il retaggio.

C A P. II.

Perchè non è dato alla madre di fare il testamento a nome del pupillo, la sustituzion ordinata a benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli è nulla.

D. Marianna Lucatelli, la quale avea scritto il contratto nuziale alla moda di Capuana, vicino a morte il dì 4. di Febbr. dell' anno 1786. istituito il figliuol pupillo Gaetano, disse, *E qualora* (1) *piacesse a Dio chiamare a se D. Gaetano suo figlio nell' età pupillare, e pria di poter disporre, sostituisce in suo erede universale e generale nelli stessi suddetti beni il cennato Sig. D. Pietro Romano suo marito, come quello, che ha sperimentato a lei amorosissimo, ad esser de' beni sudd. signore e patrone, e disporne come gli pare, e piace, quante volte però osservasse il letto vedovile; ma se volesse passare ad altre nozze, vuole essa D. Marianna, che soltanto debba esso D. Pietro godere l' usufrutto de' divisati beni ereditari la vita durante* tantum & non ultra; *e dopo sua morte nel caso sudd. sustituisce suoi eredi usufruttuarj, e proprietarj li Sigori D. Antonio, e D. Maddalena Lucatelli, fratello, e sorella utrinque congiunti in tutti*

(1) Tutto questo si raccoglie dal testamento *fol.* 143.

tutti i succennati beni æqualiter, & pro æquali parte, & portione.

Secondo la forza di questo testamento D. Marianna Lucatelli, la quale istituito il figliuol pupillo D. Gaetano ha sostituito il marito D. Pietro, nel caso il pupillo non fosse venuto alla età di poter disporre, ha ordinata (2) una sustituzion *pupillare*, netta, e semplice, la quale non comprende nè pure la tacita *volgare*, come per usanza vanno sempre disposte queste così fatte sustituzioni: perciocchè sta scritto, *e qualora piaccia a Dio di chiamare a se D. Gaetano suo figlio nella età pupillare, e pria di poter disporre, sostituisce in suo erede il cennato D. Pietro Romano suo marito*. E questa sostituzion *pupillare*, per la quale la madre ha scritto il testamento a conto del figliuol pupillo, non è manifestamente *nulla*? La sustituzion *pupillare*, secondo la sentenza (3) di Ulpiano, è un effetto della patria potestà, la quale, secondo la forza delle XII. Tavole, tiene nel dominio quiritario, e li figli, e li beni de' figli. Per questa ragione, non solamente è necessario, che il pupillo sia nella potestà del testatore, ma che il pu-

(2) La definizione della *pupillare* è questa. *Titius filius meus heres mihi esto : Si filius meus prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus heres esto. l. 8. §. 1. ff. de bonor. poss. secun. tab., & pr. Inst. l. pupil. substit.*

(3) *L. 2. pr. ff. de Vulg. & pupill.*

pupillo (4) morto il testatore non ricada nell' altrui potesta. La madre D. Marianna Lucatelli (5) non avea alcuna potestà civile sul figliuol pupillo, e 'l pupillo era nella potestà del padre D. Pietro. Dunque la sustituzion pupillare ordinata per D. Marianna Lucatelli a benefizio di D. Pietro Romano è nulla.

Ma (dice quì D. Pietro) il Giureconsulto (6) Africano tenne per salda la sustituzione ordinata dalla madre per le *tavole pupillari*, nel caso il figliuol non fosse erede. Ma appunto perchè la sustituzione fu nel caso, che il figliuol non fosse erede, la sentenza di Africano a sentimento di tutti gl' interpetri (7) è intorno alla *volgare*, non intor-

---

(4) *Pr. Inst. tit. de pupil. substit. & l. 8. C. de Impub. & aliis substit.*

[5] Alla madre, la quale non ha alcuna potestà civile sopra il figliuol pupillo, non è dato di scrivere la sustituzion pupillare, la quale non è, che il testamento del pupillo. §. *9. Instit. de pupil. substit. Et l. 2. pr. ff. de Vulg. & pupil.*

[6] Africanus. *l. 33. ff. de Vulg. & pupil. Si mater ita testetur, ut filium impuberem, cum erit annorum quatuordecim, heredem instituat, eique pupillaribus tabulis si sibi heres non erit, alium substituat : valet substitutio* = Il Bartolo raccoglie questa legge così : *Mater potest instituere filium in tempus pubertatis, & ei substituere vulgariter.*

(7) Il Gotofredo *not. 1. 38. 39. ad d. l*, e 'l Cujac. *ad Afric. 2.* riprendono il Giureconsulto Africano, perchè

torno alla *pupillare*: per la ragione, che la sustituzion *volgare* è nel caso, che l'istituto, o non voglia, o non possa essere erede; la sustituzion *pupillare* è nel caso, che il pupillo sia erede infatti, e quasi per suo testamento faccia erede il sostituto. E questo è così vero, che non è dato nè pure al padre di scrivere (8) il testamento a nome del figliuol pupillo emancipato. Se dunque la sustituzion *pupillare* non è che un'effetto (9) della patria potestà, segue, che il Giureconsulto Affricano, tuttochè avesse usato in quel caso delle parole mal corrispondenti, *pupillaribus tabulis*, parlò della sustituzion *volgare*, che la madre avea fatta, e potea fare, non già della sustituzion *pupillare*, che la madre non fece, e far non potea. Quantunque tutti sieno d'accordo in questo li Giureconsulti, che non è dato alla madre di scrivere il testamento a conto del figliuol pupillo (che testamento del pupillo è la sustituzion *pupillare*, e non più): pure io tengo per fermo, che il Dottor D. Pietro, il quale ha indettato il testamento alla moglie senza dubbio, non ne vive

chè rispondendo al caso di una sustituzione *volgare*, usò delle parole mal corrispondenti *pupillaribus tabulis*. Il Vinnio *b. t.* lo scusa *ratione objecti*, perchè la sustituzione fu fatta al figliuolo che per caso era pupillo, quantunque fosse *volgare*, non *pupillare*.

[8] *L. 2. pr. ff. de Vulg. & pup. substit.*

[9] Tutti li Giureconsulti in questo son d'accordo. Voet., Cujac., Donel. *ad l. 1. ff. de Vulgar. & pupil. substit.*

ancor persuaso pienamente. Ma se la cosa così non fosse, come io ho già mostrato pienamente, tutta scrollerebbe la gran macchina della legge Romana. Se così alla madre, come al padre, fosse dato di scrivere la sustituzion *pupillare*, potrebbe accadere, che allo stesso pupillo la madre sostituisse *pupillarmente* un Panfilo, il padre *pupillarmente* sostituisse un Sinforo. Ed in questo caso, il pupillo si morrebbe con due testamenti, l'uno egualmente che l'altro valido in tutto: e si morrebbe ancora con due eredi, e tutti due eredi nel tutto: perciocchè la *sustituzion pupillare* (10) non solamente comprende i beni del testatore, ma li beni del pupillo ancora. Questo esser non può per la sentenza della legge. Dunque alla madre non è dato di scrivere il testamento a nome del figliuol pupillo. E questo non è tutto. *Il pupillo* una volta erede è sempre (11) erede. La eredità data

---

[10] Papin. *l.* 8. §. 5. *ff. de inoff. Sed neque impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit. Et ita* Papinianus *respondit. Nec patris frater, quia filii testamentum est* = Perchè la sustituzion pupillare comprende non solamente li beni del testatore, ma benanco li beni del pupillo, a sentimento di tutti gli Scrittori la madre nel caso della sustituzion pupillare non succede nè alli beni del pupillo, nè alla legittima dovuta dal padre al pupillo; il sostituto pupillarmente succede in tutto.

[11] Dove si volesse tenere, che la istituzione fatta dalla madre a beneficio del pupillo vaglia, come fatta a cer-

data al pupillo *puramente* una volta non si toglie al pupillo mai come data *condizionatamente* a tempo. Quindi segue, che il retaggio acquistato *puramente* per lo pupillo non passerà mai altramente ad alcuno, che com' erede del pupillo. La sostituzion pupillare (12) è il testamento del pupillo. E dove è il testamento del pupillo, quando alla madre, la quale non ha la potestà civile, non è dato di scrivere il testamento a nome del pupillo? Dunque la conseguenza è sempre ferma, che al pupillo svanita la pupillare come morto senza testamento succederà anzi l' erede legittimo, che il sostituto pupillarmente.

E perchè (ripiglia quì il sottil Avversario) poichè la *sustituzion pupillare* disposta per la madre ha tanti intoppi, la sustituzion *pupillare* non si trasformerà in sustituzion *fedecommessaria* per *benigna interpetrazione*, quando è manifestamente vero, che a D. Marianna Lucatelli piacque d' invitare

 al

certo tempo in fino alla pienezza degli anni indicati alla pubertà, s' incontra la resistenza della legge, la quale ha prescritto, che l' erede una volta erede è sempre erede. Tribon. *Instit. tit. 16. § 9. de Pupil. Subst. Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel totam, vel pro parte restituere.*

[12] *Papin. l.* 8. *ff. de inoff.*

al godimento de' beni anzi il marito, che il fratello? perchè questa *benigna interpretazione* (rispondo) non ha fatta mai la legge .. Nel libro della legge un caso solo e non più si trova scritto, dove la sustituzion *pupillare* per *benigna interpetrazione* si vede traformata in sustituzion *fedecommessaria*: ma questo caso è ben lontano dal caso presente. In questo modo propone (13) il caso il Giureconsulto Scevola. Un padre avea istituito il figliuol pupillo per lo testamento; poi per li Codicilli gli avea dato il sustituto: il figliuolo passò pupillo: quantunque (disse) la sustituzione è *nulla*, gerchè co' codicilli la eredità non si può, nè torre, nè dare; pure sta bene, che la madre, la quale viene a succedere al pupillo intestato, per *benigna interpetrazione* adempia la volontà per *fedecommesso*. La sentenza nondimeno di Scevola in un altro rincontro non (14) piacque a Pa-

(13) *L. 76. ff. ad Trebell.* Scævola *respondit. Si pater filium suum impuberem ex asse scripserit hæredem, eique Codicillis substituerit; deinde filius impubes decesserit: licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest; tamen benigna interpetratione placet, ut mater, quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur.*

[14] Papinian. *l. 7. ff. de Vulg. & pupil. subst. Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum ætatis frustra fieri convenit. Sed qui non admittitur ut substitutus, ut adjectus heres quandoque non erit: ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod.*

Papiniano. La *pupillare* (dice) più in là della pubertà si ordina in vano. Chi non viene al retaggio come sustituto, molto meno verrà come coerede. Al soldato solamente è conceduto per spezial privilegio, che la *pupillare* disposta più in là degli anni impuberi si trasformi in *fedecommessaria* per benigna interpetrazione. Ma la distanza che possa tra'l caso di Scevola e'l caso presente è grande assai. Nel caso di Scevola il vizio è nel modo; per-

 cioc-

quod ei testamento pater dedit = La Glossa propone più chiaramente il caso. *Quamvis verbis civilibus, desi directis, usque ad* 14. *annum substituere possum filio meo impuberi hoc modo*, si filius meus heres mihi erit, & intra pupillarem ætatem decesserit, substituo ei Titium: *tamen ultra illam ætatem non possum ei directo substituere sive civiliter: nam si ita dicam*, si filius meus heres mihi erit, & intra vigintiquinque annos decesserit, substituo ei Titium; *non valet substitutio si decedat filius ultra* 14. *annos. Sed numquid Titius, qui non admittitur prædicto casu ex substitutione, admittetur tamquam coheres impuberis filii mei? Et certe non: nam si admitteretur ut coheres, admitteretur cum impubere, statim me mortuo, qui sui Testator: & sic contra voluntatem meam fieret, qui volui, quod impubes haberet totam hereditatem usque ad tempus, quod ei statui in substitutione, & eo impubere mortuo haberet Titius substitutus. Quamvis tamen non valeat directa substitutio, ad fideicommissum tamen traheretur, scilicet ut videatur filius per fideicommissum rogatus a me de restituenda hereditate mea Titio; si ipse filius decedat ultra* 14. *annos, intra tamen* 25. *annos*. Questo che dice la Glossa non è vero, che nel testamento del soldato, per sentenza dello stesso Papin. *l. Centurio ff. de Vulg. & pup. subst.*

ciocchè si soppone scritto il testamento del pupillo co' codicilli, li quali non son valenti, nè a dare, nè a torre la eredità. E quantunque al padre, il quale ha la potestà civile di scrivere il testamento a nome del figlio, non è negata la potestà civile di scrivere a nome del figlio i codicilli, per la gran ragione, che il cittadino romano scrivendo i soli codicilli dispone validamente: pure il Giùreconsulto usò anzi della benigna interpretazione, che della legge stretta. Nel caso poi che è in controversia, il vizio non è nel modo, è anzi nella sustanza; perciocchè la madre si traforma in padre, e prende la potestà che non ha di scrivere il testamento a nome del figliuol pupillo. La legge, la quale con costanza (15) acconcia anzi il modo alla cosa, che la cosa al modo, dove il vizio è nella cosa e non nel modo, non usa la *benigna interpetrazione*, la quale non è bastante ad adattare la cosa al modo, ma più tosto il modo alla cosa. Infatti un tempo alle femine, le quali son sempre nella tutela, era negato (16) di far il testamento senza il concorso del tutore; ed il testamento della femina fatto senza il concorso del tutore era nullo sem-

(15) Napod. *ad Conf. Si qua moriens. Glos. Relinquere. Quia quod una via prohibetur non debet per aliam concedi ut Text. in Reg. jur.*

(16) Ulpian. *fragm. tit.* 20. §. 15. Cic. pro Cæcin. *cap.* 6. Heinn. *Com. ad l. Jul. & Pap. lib.* 2. *cap.* 11. Questo sistema cominciò a perder forza, quando le femine cominciarono ad esser fuori della perpetua tutela.

ſempre: perchè per *benigna interpetrazione* non ſi ebbe mai per valido, quantunque la volontà foſſe certa? perchè il vizio non era nel modo, ma nella coſa. Un tempo a' figli di famiglia era negata tutta la fazione (17) del testamento; il testamento del figlio di famiglia fatto anco coll' autorità del padre ſempre nullo non racquistava la ſua forza nè pure dopo ſciolti li lacci della potestà: perchè per *benigna interpetrazione* il testamento del figlio di famiglia non fu mai ſaldo, quantunque la volontà foſſe certa? perchè il vizio è nella coſa, non nel modo.

Ma questo non è tutto. E' aſſioma della legge, che per la limitazione la regola ſi conferma meglio. Or è fermo, che ſolamente nel caſo del testamento del ſoldato la *pupillare* diſposta più in là degli anni impuberi ſi può traſformare in *fedecommeſſaria* per benigna interpretazione. Questa (18) è la

(17) *Pr. inſtit. Quib. non eſt perm. fac. teſt. l 6. pr. qui teſtam. fac. poſſ. l. 3. ff. eod.* = Gl' Imperadori hanno conceduto a' figli di famiglia di far teſtamento intorno a' beni caſtrenſi, reputandoli in queſto, come padri di famiglia. *l. ult. C. de inoff.*

(18) Papin. *l. 15. ff. de Vulg. & pupil. Subſt. Centurio filiis ſi intra quintum & vigeſimum annum ætatis ſine liberis vita deceſſerint, ſubſtituit. Intra quatuordecim etiam propria bona filii ſubſtitutus jure communi capiet: poſt eam autem ætatem ex privilegio militum, patris dumtaxat, cum fructibus inventis in hereditate* = Dioclet. & Maximil. *l. 13. C. de Impub. & aliis ſubſtit. Pre-*

è la sentenza della legge. Il Perezio (19) insegna, che perchè non ad altri, che al soldato è conceduto il privilegio, la sustituzion *pupillare* disposta dalla madre non si trasforma in *fedecommessaria* per benigna interpetrazione. Il Gifannio (20) per

---

Precibus tuis manifestius exprimere debueras: maritus quondam tuus miles defunctus, quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, & secundum heredem scripsisse; utrumne in primum casum, an in secundum, filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimumquartum suæ ætatis annum, aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti juris quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri heres extitit: eo defuncto, ad te omnimodo ejus pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa vel compendiosa, non usque ad certam ætatem facta reperiatur: si quidem intra pubertatem decesserit, eos habent heredes, quos pater ei constituit, & adierint hereditatem. Si vero post pubertatem, tunc ejus te successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi bona quæ eum moreretur patris ejus fuerint, a te peti possunt

(19) Peret. *Prælect. in lib. 6. C. tit. 26. de impub. & aliis subst. n.34. Existit autem hic quæstio an substitutio pupillaris ut directa convalescat, trahaturque post pubertatem ad fideicommissariam, & verius est, quod non = Est autem jus speciale militi tributum, ut etiam ultra pubertatem substituere possit.*

(20) Giphan. *com. in 8. lib. Cod. pag. mihi 56 col.2. Atque ita explicata est quæstio nobilis, an a pagano facta verbis directis ultra pubertatem substitutio pupillaris deflectatur ad precariam: & docuimus a pagano factam non deflecti: a milite factam deflecti.*

per sentimento dell'Alciato, del Duareno, del Cujacio, dell'Otomanno, del Donello, e di tutti gli altri eruditi nel rincontro del comento che fa su la legge *Precibus* del Codice, esamina con infinita erudizione la controversia, se la sustituzion *pupillare* scritta nel testamento fatto dal pagano si può trasformare in *fedecommessaria* per benigna interpetrazione, e dice, che, perchè questo è un privilegio conceduto solamente al soldato, la sustituzion *pupillare* non si trasforma in *fedecommessaria*. Il Vinnio (21) con sensi più precisi afferma, che al solo soldato, il quale abbia scritta la *pupillare* più in là degli anni prescritti, è conceduto di trasformare in sustituzion *fedecommessaria* la sustituzion *pupillare* per benigna interpetrazione. Il dottissimo Einnecio (22) è d'accordo: la sola sustituzion *pupillare* disposta dal soldato più in là della pubertà per spezial privilegio si può trasformare in *fedecommessaria* per benigna interpetrazione. Ma si lascino questi. Dopo il Fusario (23) il quale ha raccolti li sentimenti di tutti, il nostro Giuseppe de Rosa (24) per

 argo-

(21) Il Vinnio *Instit. lib. 2. tit. 16. §. 8. n. 2. 3. Est autem jus speciale militi tributum ut etiam ultra pubertatem substituere possit.*

(22) Heinn. *substitutionem a milite factam etiam post pubertatem valere.*

(23) Fusar. *de substit. q. 8. n. 5. ad 8 & seq.*

(24) Il Rosa *Consul. 17. per tot. lib. 1. In substitutione con-*

argomenti, cui non è che contrapporre, dimostrò, che la *pupillare* disposta dalla madre a benefizio dello Spedale della Nunziata traformar non si poteva in sustituzion *fedecommessaria* per benigna interpretazione, per la ragione, che questo è un privilegio dato al soldato, non al pagano. Ed in verità, se il pupillo Gaetano Romano si fosse morto intestato immantinente dopo pieni gli anni della pubertà, il sustituto non sarebbe rimasto vuoto del beneficio della sustituzione, quantunque la volontà (25) fosse certa della testatrice? Dunque, perchè non è dato alla madre di scrivere il testamento a nome del pupillo, la sustituzione ordinata a benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli è nulla. Ma chi sarà così ardito che non la senta in questo col chiarissimo Cujacio e coll'acutissimo Vinnio, i quali (26) hanno detto,

---

concepta his verbis : si in pupillari ætate sine filiis decesserit, succedat lo Spedale dell'Annunziata, dimostrò evidentemente, che la sustituzion *pupillare* non si trasforma in *fedecommissaria*.

[25] Se il pupillo fosse morto un giorno dopo la pienezza della pubertà, sicuramente la sustituzione pupillare sarebbe rimasta vana, e si sarebbe dato luogo alla successione legittima, quantunque la volontà della testatrice fosse chiara di voler sostituito al pupillo il marito, come sta mostrato *not.* 14. *pag.* 21. Quindi segue, che in questo caso non alla volontà, ma alla facoltà si dee por mente.

(26) Dopochè Papiniano ha scritto *l. 7. ff. de Vulg. & pu-*

detto, che la *pupillare* non si traforma in *fedecommessaria* altramente per *benigna interpetrazione*, che nel caso si sia disposta per lo soldato, cui è data questa facoltà per privilegio? Non sarebbe (hanno soggiunto questi gravissimi Giureconsulti) *vana* la *pupillare*, come la repura la legge vanissima, quando non potendo aver forza come *pupillare* potesse aver forza come *fedecommessaria*. Ma questo non è tutto.

 CAP.

---

pupil. Verbis civilibus substitutionem post decimumquartum annum frustra *fieri convenit*. Ha detto il Cujacio *ad l. 8. Precibus tuis de impub. & al. substit. tom. 9. pag.* 751. *in fin. Cur ait* non *inutiliter militem post pubertatem filio directo substituere? quia scilicet ea substitutio valet saltem jure fideicommissi in bonis profectis a patre milite, qui ita testatus est, ut ait lex Centurio ex privilegio militum, subindicans non idem esse in paganis apertissime, cum dicat esse privilegium militum. Jure ergo communi directa substitutio facta post pubertatem nec jure fideicommissi valet. Denique paganus post pubertatem substituit prorsus inutiliter. Non fieret frustra si post pubertatem valeret ut fideicommissum ut loquitur d. l. Verbis* = Il Vinnio *ad tit. 16. §. 9. Instit. de pupil. subst. Postremo nec omnino quemquam alium posse vel impuberi extraneo vel puberi hoc modo substituere*, & si heres extiterit & inter aliquod temporis vita decesserit alius ei heres sit, *in tantum ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat: cur enim requireret Imperator expressum fideicommissum si ipsa directa substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat?*

C A P. III.

Perchè il contratto nuziale fu alla moda di Capuana, la sustituzion ordinata a benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli è ingiusta.

MA il Dott. D. Pietro Romano, il quale guardò tutti i modi, onde il testamento di D. Marianna Lucatelli non scrollasse, nè per difetto di volontà, nè per vizio di solennità, afferma, che, perchè la testatrice (1) usò della *codicillare*, la sustituzion ordinata avrà sempre la sua forza, se non come *pupillare*, almeno come *fedecommessaria*. Su questo fondamento (rispondo) non è a star fermo, nè molto, nè poco: perciocchè se questo molte volte è vero, il più delle volte è falso; ed in questo caso è anzi falso, che vero. In

(1) *Fol.* 143. *Ha risoluto di fare il presente suo ultimo nuncupativo testamento, il quale vuole che vaglia per tale, e se così non valesse, vaglia per testamento scritto, donatione* causa mortis, *o in altro qualsivoglia modo, che valer potesse, e dalle leggi gli vien permesso* = Si noti, che non solamente la testatrice non usa della *codicillare* espressa; perciocchè non dice, che l'atto vaglia per codicillo, dove non vale per testamento, come sta prescritto per la *l.* 41. §. 3. *ff. de Vulg. & pup. & l.* 3. *de testam. Mil.* ma che della forza della *codicillare*, sia tacita, sia espressa, la testatrice non fu avvertita.

In fatti rotto il testamento per lo (2) nascimento del postumo, li codicilli scrollano ancora, quando son parte del testamento. Il testamento che faccia la madre, la quale non ha la potestà civile, a nome del pupillo, che si trova nella potestà del padre, è *nullo*; e seguentemente è assai da meno, che il testamento *rotto* non è; per la ragione, che il testamento *nullo* è sempre *nullo*, il testamento *rotto* un tempo è *saldo*. E la *codicillare* scritta nel testamento *nullo*, la quale sicura-

(2) I Codicilli il più delle volte son parte del testamento *l. 16. ff. de jur. Codicil.*, qualche volta son sufficienti per se stessi indipendentemente dal testamento *l. 3. l. 8. §. 1. & l. 16. ff. eod.* Quando li Codicilli son parte del testamento, rotto il testamento, scrollano i codicilli. Infatti, rescrive l'Imp. Alessandro *l. 1. C. de Codicil. Rupto tastamento posthumi agnatione, Codicillos quoque ad testamentum pertinentes non valere in dubium non venit* = Il Wisembachio *in lib. Cod. tit. de Codic. Testamento agnatione posthumi rupto, rumpuntur & Codicilli ad testamentum pertinentes* = Il Brunneman. *lib. 6. tit. 36. C. de Codic. Sed obstat quod rupto testamento, etiam Codicilli rupti sunt, qui quasi pars testamenti sunt* = Il Voet *ad Pand. lib. 29. tit. 7. n. 6. de jur. Codicil. Imperfecta testamenta non substinentur jure codicilli, etiam si in iis solemnia codicillorum inveniantur* = Il Donello *Com. in C. lib. 6. tit. 36. de Codic. Nam rupto testamento, rumpuntur quidem codicilli ad testamentum pertinentes.* Quando i codicilli o susseguono dopo rotto il testamento o precedono il testamento in maniera che non son parte del testamento, la cosa è altramente, come insegnano li sudd. Giureconsulti nelli detti luoghi.

ramente non val tanto, quanto il codicillo vale, farà bastante a render faldo il testamento, che a nome del pupillo ha fcritto inutilmente D. Marianna Lucatelli? La *codicillare*, la quale tal volta è bastante (3) a fanare il vizio della *folennità*, non è mai fufficiente a fanare il vizio della *facoltà*. Come già è detto innanzi, nel cafo che propone il Giureconfulto Scevola è uno il vizio, ed è nel modo, non nella facoltà, cioè, che il padre, al quale non era negato di fcrivere il testamento a nome del figlio, fcriffe anzi il codicillo, che il testamento: e 'l Giureconfulto avvisò di dare al codicillo la forza, che non avea, per *benigna interpetrazione*. Ma nel cafo prefente, traformato per la *codicillare* il testamento in codicillo, il vizio è doppio, e nella *facoltà*, e nel *modo*, cioè, che la madre, alla quale non è dato di fcrivere il testamento a nome del pupillo, faccia per codicillo quello che far non può per testamento. E poichè la *benigna interpetrazione*, a fentimento di Scevola, fana il vizio nel *modo*, non

(3) *L. Lucius Titius* 88. §. *Lucius Titius ult. ff de leg.* 2. *Lucius Titius hoc meum teftamentum fcripfi fine ullo jurifperito, rationem animi mei potius fequutus, quam miferam & nimiam diligentiam*: & fi minus aliquid legitime, minufve perite fecero, *pro jufto & legitimo haberi debet hominis fani voluntas. Deinde heredes inftituit. Quæfitum eft, inteftati ejus bonorum poffeffione petita, an portiones adfcriptæ ex caufa fideicommiffi peti poffint? Refpondi, fecundum ea quæ proponuntur, poffe.*

non risparmia al vizio nella *facoltà*, si cerca invano, che la sustituzione ordinata per D. Marianna, la quale non vale come *pupillare* per testamento, vaglia per codicillo come *fedecommessaria*. Ma sia pur la cosa come non è: cioè, che la sustituzion *pupillare* ordinata a benefizio di D. Pietro Romano per D. Marianna Lucatelli, per la forza della *codicillare* vaglia come *fedecommessaria*: non per questo sarà vero, che D. Pietro Romano riporterà per *fedecommessaria* quello che aver non può per *pupillare*; per la ragione, che, perchè la legge nega a D. Marianna di scrivere il testamento a nome del figliuol pupillo, la *pupillare* è nulla; e per la ragione, che, perchè il patto non concede a D. Marianna di gravare il pupillo del fedecommesso, la *fedecommessaria* è vana. D. Pietro Romano e D. Marianna Lucatelli patteggiarono le lor nozze (4) secondo l'usanza delle nobili Piazze

(4) Questo è stabilito per patto nel principio delli capitoli *fol.* 135. *per lo matrimonio da contrarsi secondo l'uso e consuetudine delle nobili Piazze di Capuano, e Nido.* Nel fine *fol.* 139. *a ter. Beninteso, che ad esso D. Antonio Lucatelli, suoi eredi, e successori si dovrà restituire altresì la d. legittima non che le altre doti pervenute dalla eredità materna, nel caso essa D. Marianna non ha disposto, giacchè verificandosi li patti riversivi, viene intieramente escluso esso D. Pietro Romano e figli decedenti come sopra; per cui dissolvendosi il matrimonio per morte del med. senza figli o con figli, e quelli morissero infra l'età legittima, quanto sopra d. età senza figli, e senza*

ze Napoletane. La forza dell'usanza di queste Piazze Napoletane consiste (5) in questo, e non in altro, cioè, che la madre non succede al figlio ne' beni del padre, ed il padre non succede al figlio ne' beni della madre, in ogni qualunque caso, che il figlio si muoja intestato, e senza figli. E poichè la *pupillare* si fosse trasformata in *fedecommessaria*, il figliuol Gaetano, il quale passò d'anni sei e non più, non è morto intestato, e senza figli? dunque è vero, che nel caso la *pupilla-*

senza veruna disposizione, alli suoi beni ed eredità dovranno succedere li suoi più propinqui, o chi esso vorrà, o a chi de jure, *esclusa intieramente essa D. Marianna* etiam *della legittima de' figli come sopra decedenti, tanto per li beni ereditarj del padre, quanto di altri* forsan acquirendi *dalli stessi figli e figle decedenti come sopra: intentendo contrarre un tal matrimonio, siccome fin dal principio si è detto seguendo l'uso e consuetudine delle nobili Piazze di Capuano e Nido, rinunziando scambievolmente essi futuri conjugi alla futura successione, anche della legittima de' figli, nella maniera espressata di sopra, e non altrimenti.*

(5) *Ad Consuet. Si quis vel si qua. pag.* 386. *Secundum morem Capuanæ & Nidi, mater omnino excluditur a successione filiorum quandocumque morientium ab intestato, & sine liberis in bonis paternis, & quæ provenerunt filiis a linea paterna, in quibus succedunt proximiores ex parte patris: & e contra pater excluditur a successione filiorum, etiam quandocumque decedentium ab intestato, & sine liberis in bonis maternis, vel quæ provenerunt a linea materna, in quibus succedunt proximiores ex parte matris.*

pillare per benigna interpetrazione si fosse trasformata in *fedecommessaria* per la forza della *codicillare*, D. Pietro Romano padre non riporterà niente delli beni, che al pupillo pervennero dalla madre D. Marianna Lucatelli. La forza dell'usanza di queste Nobili Piazze Napoletane, consiste (6) in questo ancora, cioè, che la madre, la quale si muoja sopravviventi li figli, non dispone validamente, che della decima parte della dote; e dove avvenga, che figli non abbia, non dispone validamente, che della metà, e non più. E poichè, dove li figli son sopravviventi, la madre non dispone, che della decima validamente, non sarà inutile, che la *pupillare* si trasformi in *fedecommessaria* per benigna (7) interpetrazione? Dunque è vero, che nel caso la *pupillare* per benigna interpetrazione si fosse trasformata in *fedecommessaria* per la forza della *codicillare*, D. Pietro Romano marito non riporterà niente delli beni, che D. Marianna Lucatelli suggettò come dote alla usanza delle nobili Piazze Napoletane. La forza dell'usanza di queste nobili Piazze Napoletane è tanta, che alla donna, la quale si muoja so-

(6) *Ad Consuet. Si quis vel si qua. pag. 386. Secundum morem Capuanæ & Nidi, mulier cum liberis non potest disponere de dotibus, nisi de decem partibus unam, sine liberis vero de medietate tantum.*

(7) Il fondo *Mango* pervenuto a D. Marianna dal padre è suggetto a fedecommesso: la dote in danaro pervenuta dalla madre non è di molta importanza.

sopravviventi i figli, non è dato di disporre delle (8) nove parti della dote, nè per sustituzion *diretta*, nè per sustituzione *fedecommessaria*, nè in altra qualunque maniera. E poichè non è dato alla donna, la quale si muoja sopravviventi li figli, di gravare li figli del fedecommesso, la sustituzion *pupillare* non si traformerà in *fedecommessa*.

---

[8] Il Rosa *ad Consuet. Si qua moriens*. n. 18. *Et Ad. dent. ad text. d. Consuet. Titius institutus potest, adeundo hereditatem, retinere novem partes tamquam as alienum*. Capyc. *decis*. 190. = Napod. *ad Consuet. Si qua moriens. Gloss. Relinquere. Sed an per fideicommissum posset relinquere ultra decimam partem? Respondeo non: quia quod una via probibetur, non debet per aliam concedi, ut text. in Reg. jur. Item quia relicti titulus institutionem, legatum, & fideicommissum comprehendit, ut Auth. de trient. & semis* §. 1. = Il Rosa *ad d. consuet*. n. 13 *Et quod in istis novem partibus non possit per matrem fieri substitutio, nec pupillariter, nec per fideicommissum, tenuerunt*, Camill. Saler. *in Consuet. Si aliquis moriens Gloss circa*. Capyc. *ad b. Consuet. Gloss. ad materiam* = De Franchis *decis*. 486. *n*. 5. *Nam istae novem partes non reputantur bona matris, ideo non potest mater in aliquo de eis disponere. Et n*. 12. *ib. Unde cum Cornelia Pignatelli, quae habebat dotem duc*. 17000. *integram illam donasset Petro Cosso ejus filio cum onere dandi legitimam de jure communi debitam aliis filiis, post mortem matris unus ex filiis instit contra heredes dicti Petri, petendo portionem dotium maternarum, nulla habita ratione de dispositione Corneliae matris per S. C. die* 4. *Martii* 1625. *fuit condamnatus heres D. Petri ad solvendam d. portionem, liquidandam una cum juxta Consuetudinem, deducta Decima*.

messaria inutilmente? Dunque è vero, che dove la sustituzione *pupillare* ordinata per D. Marianna Lucatelli si trasformi in *fedecommessaria* per benigna interpetrazione, il marito D. Pietro Romano non ne riporterà niente.

Ma si dirà quì, che quantunque le nozze si fossero patteggiate secondo gli usi di queste Nobili Piazze Napoletane: pure a D. Marianna restò saldo il dritto di disporre a suo modo de' beni suoi. Questo (rispondo) non è tutto vero. In due luoghi si parla di questa libertà di disporre, e non più. Nel primo, preveduto il caso dello scioglimento del matrimonio per la morte del marito, sopravviventi li figli, si stabilisce (9) *salvo sempre il dritto ad essa D. Marianna di poter gratificare sopra tutte le sue doti quel figlio, o figli, che stimerà senza portare pregiudizio agli altri in quello che la legge prescrive*. Ma questa facoltà *di gratificare meglio un figlio che un' altro*, è anzi una servitù, che una libertà: per la ragione, che la libertà di disporre è tutta negata, quando tra li figli non si dispone. Dunque per questo luogo del contratto nuziale D. Pietro Romano, il quale non era figlio, non potea restar *gratificato* per lo testamento di D. Marianna. Nel secondo, preveduto il caso dello scioglimento del matrimonio per la morte della moglie, si stabilisce (10) *E dissolvendosi il detto ma-*

(9) *Fol. 139. loc. sig.*
(10) *Fol. 139. loc. sig.*

matrimonio per morte di D. Marianna senza figli, o con figli, e quelli passando a miglior vita, tanto infra l'età legittima, quanto sopra detta età quandocumque *senza figli, e senza veruna disposizione, possa la detta D. Marianna disporre liberamente a suo piacere per qualunque atto di tutto quello, che l'è pervenuto per la disposizione della sua madre D. Giovanna di Michele, e sopra* (11) *li beni paterni della legittima*. Per la forza di questo patto è serbata a D. Marianna la libertà di disporre, così nel caso della premorienza de' figli, come nel caso del non nascimento de' figli; perciocchè prima è preveduto il doppio caso, che li figli o non sieno nati, o sieno morti senza figli; e poi è data la libertà di disporre: ma nel caso, che li figli sieno rimasti sopravviventi alla madre, la libertà restò circoscritta giusta l'usanza delle nobili Piazze Napoletane, alla quale li contraenti per spezialissimi patti si son sottoposti. E se questo fosse un dubbio, la legge (12) non trae anzi il patto *oscuro* al

(11) Si noti, che poichè il testator D. Bernardo ebbe fatta la minuta descrizione di tutt'i beni, disse, che la porzion *virile* non sarebbe ricaduta a benefizio delli suoi tre figliuoli, che in duc. 3333 33. Quindi segue, che la *legittima*, la quale non è che la terza della *virile*, non era più ampla della somma di duc. 1444., dovuta in danaro, non in fondo. *Auth. de Trien. & Semiss.*

(12) Ulp. *l. Heredes* 21. §. 1. *ff. Qui testam. fac.* Idem Ulp. *l. qui filiabus* 17 *pr. ff. de legat.* 1. *Et l. Veteribus placuit ff. de Pact.*

al patto *certo*, che il patto *certo* al patto *oscuro*? Il patto di Capuana e Nido, onde alla donna che muore sopravviventi li figli vien negato di disporre più in là della decima, è un patto certo, stabilito nel principio, nel mezzo, e nel fine del contratto: il patto facoltativo di disporre è dubbio, se la facoltà è serbata alla donna tanto nel caso, che i figli sieno sopravviventi, quanto nel caso, che i figli sieno premorti. Dunque questo patto è vinto da quello. Ma si lasci star questo. Per la forza di questo patto (*dissolvendosi il d. matrimonio per morte di D. Marianna senza figli o con figli, e quelli passando a miglior vita, tanto infra la età legittima quanto sopra detta età* quandocumque. *senza figli e senza veruna disposizione, possa la d. D. Marianna disporre liberamente a suo piacere per qualunque atto di tutto quello che l' è pervenuto per la disposizione della sua madre D. Giovanna di Michele, e sopra li beni paterni della* (13) *legittima*.) sembra che a D. Marianna è dato l'arbitrio di disporre di tutto quello che portò a conto di dote tanto nel caso che trapassasse co' figli, quanto nel caso che trapassasse senza figli. Or quì si cerca, per la forza di questo patto era dato alla donna di disporre a suo mo-

do

(13) Quì la Donna si riserva di disporre della legittima de' beni paterni, per la ragione, che il resto delli duc. 5000. era sottoposto alla sustituzione reciproca.

do di tutt' i beni senza dare a' figli la legittima nel caso che ne lasciasse, come ne lasciò, sopravviventi ? sicuramente nò; perciocchè la legittima è data a' figli inviolabilmente (14) per la legge della natura. Quindi segue, che la facoltà riservata di disporre di tutto nel caso della sopravvivenza de' figli, non si può intendere altramente, che salva sempre a' figli (15) la legittima. Dunque, poicchè per la forza del contratto alla moda di Capuana stanno promesse a luogo della legittima dovuta a' figli le nove delle dieci, la donna, la quale si lasciò saldo l'arbitrio di disporre di tutto si lasciò la facoltà di disporre della decima solamente e non più.

Per le cose dette è manifestamente vero, che, perchè il fondo *Mango* dato in dote è suggetto a fedecommesso, lineale, saltuario, perpetuo, la isti-

tu-

(14) Justin. *Novel. I. & Auth. de Trien. & Sem.*

(15) Per questo patto sta riserbata alla donna la facoltà *di disporre di tutto*, tanto nel caso della sopravvivenza de' figli quanto nel caso della premorienza de' figli. Nel caso già accaduto della sopravvivenza de' figli se la facoltà accordata *di disporre di tutto* comprendesse anche la facoltà di disporre della legittima dovuta a' figli, questa facoltà sarebbe empia ed ingiusta. Seguentemente questa facoltà di disporre di tutto s' intende colla legge di non negare a' figli la legittima. E qual legittima si darà al figliuol Gaetano in questo caso? Sicuramente le nove delle dieci secondo la Consuetudine delle nobili Piazze Napoletane, alla quale li contraenti si son sottoposti.